

A ALOPOIESE DO DIREITO NA MODERNIDADE PERIFÉRICA BRASILEIRA: A LIBERTAÇÃO A PARTIR DO DIRIGISMO CONSTITUCIONAL

Mário Lúcio Garcez Calil¹

Carlos Malta Leite²

CALIL, M. L. G.; LEITE, C. M. A Alopoiese do direito na modernidade periférica brasileira: a libertação a partir do dirigismo constitucional. **Rev. Ciênc. Juríd. Soc.** UNIPAR. Umuarama. v. 21, n. 1, p. 17-36, jan./jun. 2018.

RESUMO: A teoria dos sistemas de Niklas Luhman, que observa a sociedade como um conjunto de sistemas que se autoproduzem e se influenciam mutuamente, tem diversos adeptos no Brasil. Ocorre que a referida teoria não se adapta com facilidade a países de “modernidade tardia”, de modo que, nesse contexto, ocorre a chamada “alopoiese”, ou seja, a falta de normatividade do direito, por influência direta do ambiente no qual determinado sistema jurídico se encontra inserido. É possível, todavia, que a ética da libertação, a partir de Enrique Dussel, seja uma probabilidade de diminuição das complexidades trazidas pela modernidade periférica. O objetivo do presente trabalho é estudar o chamado “dirigismo constitucional” como mecanismo de prevenção da alopoiese, especialmente a partir da Tese da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia, o que se faz por intermédio de pesquisa bibliográfica. Concluiu-se, por intermédio da referida pesquisa, que o “dirigismo constitucional” no contexto da modernidade periférica, apesar de não se referir diretamente ao paradigma sistêmico, pode promover a real normatividade do sistema jurídico, em especial, da Constituição.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria dos Sistemas. Alopoiese. Modernidade Periférica. Constituição Dirigente. Ética da Libertação.

DOI: 10.25110/rcjs.v21i1.2018.7448

¹Estágio pós-doutoral e estudos em nível de pós-doutorado pela Fundação Eurípides Soares da Rocha de Marília. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de Bauru (CEUB-ITE). Mestre em Direito. Professor do Programa de Mestrado em Direito do UNIVEM. Professor Adjunto IV da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. Vice-líder do grupo de pesquisa "A intervenção do poder público na vida da pessoa", vinculado ao Programa de Mestrado do UNIVEM. E-mail: mario.calil@yahoo.com.br

²Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de Bauru (CEUB-ITE). Mestre em Direito. Defensor Público aposentado do Estado de Mato Grosso do Sul. Consultor jurídico no Distrito Federal.

INTRODUÇÃO

Há anos se vem trabalhando a teoria sistêmica de Niklas Luhman no Brasil. Trata-se de tese complexa, que busca observar a sociedade como um conjunto de sistemas que mutuamente se influenciam, mas se produzem internamente, por si mesmos. Ocorre que a teoria tem pressupostos relativamente claros para que ocorra essa “autopoiese” dos sistemas.

A autopoiese, de conformidade com a tese luhmaniana, atuaria como um fator de redução das complexidades de determinada sociedade, promovendo, no caso do direito, um fechamento normativo, com abertura cognitiva do sistema jurídico, fortalecendo as expectativas sociais.

Nos países como o Brasil, onde as “promessas da modernidade” ainda não foram cumpridas, ao menos no que concerne ao sistema jurídico, referida “autopoiese” não pode ocorrer, tendo em vista que essa operação tem como pressuposto a superação de paradigmas “pré-modernos”. Aqui, ocorre o oposto: ao invés de “autopoiese” ocorre “alopoiese”.

Em contraposição à ausência de normatividade do sistema jurídico-constitucional, foi trabalhada por J.J. Gomes Canotilho a teoria da Constituição Dirigente, que vincularia o legislador aos objetivos constitucionais. Ocorre que o próprio Canotilho tratou de rever sua tese, passando a aceitar a “relativização” da Constituição dirigente.

Ocorre que, paradoxalmente ao descumprimento das promessas da modernidade no Brasil, as possibilidades emancipatórias da Constituição de 1988 ainda não foram esgotadas. Assim, a utilização eficaz dos meios de participação direta nas políticas voltadas aos direitos fundamentais parece ser uma forma de aplacar os efeitos da modernidade tardia.

Assim, é o objetivo do presente trabalho estudar a teoria dos sistemas de Niklas Luhman no contexto de países de modernidade periférica, sob o prisma do fenômeno denominado por Marcelo Neves de “alopoiese”, ou seja, a ausência de “fechamento normativo” do sistema jurídico, que ocasiona a inacessibilidade do direito.

Além disso, busca-se trabalhar a utilização do chamado “dirigismo constitucional” como mecanismo de prevenção da “alopoiese” do direito como falta de normatividade constitucional (“constitucionalização simbólica”), a partir das teorizações de J.J. Gomes Canotilho e Lenio Luiz Streck.

Para tanto, por intermédio de pesquisa bibliográfica, serão estudados os referenciais pertinentes, nacionais e estrangeiros. O presente trabalho é justificado, tendo em vista a influência da teorização luhmaniana na doutrina nacional, bem como a necessidade de se estabelecer mecanismos de efetiva “positividade” da Constituição.

1. NOTAS SOBRE O DIREITO COMO SISTEMA AUTOPOIÉTICO

Para que se possa chegar a um conceito de “alopoiese” é necessário expor, ao menos de forma simplificada, do que se trata a chamada “teoria dos sistemas autopoieticos”. Trata-se de uma tese extremamente complexa e intrincada, de modo que apenas serão expostos aspectos basilares que se relacionam diretamente ao tema proposto.

Niklas Luhman desenvolveu, ao longo de sua vida acadêmica, uma teoria que procura, em síntese, expor a sociedade como um conjunto de sistemas de estrutura fechada, que se influenciam mutuamente. Referida doutrina há muito tem sido estudada no Brasil, na tentativa de transpô-la à realidade nacional.

Em seu núcleo, a doutrina de Luhman busca descrever como se legitima determinado tipo de sociedade sob determinadas condições (ADEODATO, 2010, p. 106), concluindo que cada sistema se “auto (re)produz”, incentivado pelo ambiente no qual se encontra inserido e pelo contato com os demais sistemas.

A palavra “autopoiese” surgiu de um conceito das ciências naturais, constante da teoria biológica de Maturana e Varela, derivando etimologicamente do grego *autós* (“por si próprio”) e *poiesis* (“criação”, “produção”) (NEVES, 2007, p. 127), referindo-se à forma na qual os sistemas sociais se movimentam por si mesmos, em um determinado ambiente.

Apesar de “fechados”, os sistemas sociais não restam isolados. O ambiente, mais do que condição estrutural ou perturbação do sistema, constitui seu fundamento. Aliás, aqui, a diferença entre sistema e meio, que possibilita a emergência do sistema é a diferença mediante a qual o sistema já se encontra constituído (LUHMANN, 2009, p. 101).

O sistema se diz “fechado” porque opera do lado interno da forma, produzindo operações em si mesmo, não no outro lado da forma. Mas a operação no interior do sistema e não no meio, pressupõe que o meio exista e esteja situado do lado de fora, de modo que a diferença entre sistema e meio é a diferença mediante a qual o sistema se constitui (Id. Ibid. p. 122).

A complexidade dos sistemas aumentam sua autonomia e sua dependência ao mesmo tempo, o que explicaria por que os sistemas político, econômico e jurídico são altamente dependentes e independentes em relação ao meio (NEVES, 2007, p. 127). A teoria dos sistemas observa a redução de tais complexidades, por intermédio de um intrincado sistema de “expectativas”.

É inegável que o direito, assim como a política e a economia, é um sistema social, que pode ser observado por intermédio da teoria luhmaniana, podendo, também, se auto (re)produzir. Ocorre que o direito se diferencia dos demais sistemas, especialmente no que concerne às teorias que o consideram como um sistema aberto.

Na autopoiese do direito, a normatividade não é a finalidade em si do sistema; é, sim, condição de sua abertura (NEVES, 2007, p. 127). A autorreferência pertence à realidade do direito como sistema social, não sendo tratada como um problema lógico, de modo que é condição imprescindível à unidade operacional e estrutural do sistema jurídico (NEVES, 2007, p. 140).

É nesse quadro que o direito funciona como um “seletor de expectativas comportamentais”, na busca pela redução de complexidades. A “autorreferencialidade” dos elementos que compõem o sistema jurídico é que permite ao Direito criar o direito (TRINDADE, 2008, p. 52-82) que é, por isso, visto como “[...] um sistema *normativamente fechado*, mas *cognitivamente aberto*” (NEVES, 1996, p. 128).

Pela abertura cognitiva acima referida, as influências do meio externo passam pelo processamento de seleção realizado pelo código direito/não direito, juridicizando elementos do meio que passam a integrar sua estrutura e servem de aparato para manter sua autorreferencialidade (TRINDADE, 2008, p. 85).

Na relação entre sistema e meio caracterizada pela complexidade, o direito na sociedade moderna atua como forma de controle do código-diferença, “lícito/ilícito” por um sistema funcional especializado. Para que tal operação possa ocorrer, pressupõe-se a superação da sociedade pré-moderna, diferenciada verticalmente (NEVES, 2007, p. 127).

É justamente neste ponto que reside o problema. Parece impossível afirmar que a sociedade brasileira tenha, de fato, superado sua condição pré-moderna, de evidente extratificação social. Dessa forma, a autorreferência do direito demonstra-se uma realidade distante.

Em um cenário como o que se apresenta, de ausência de superação da “pré-modernidade”, é impossível que a ausência de “auto (re)produção” do sistema jurídico não tenha consequências dignas de nota. Dessa forma, é conveniente relacionar tal cenário com o atual estágio de evolução do Direito.

2. A MODERNIDADE E DIREITO

A referência feita por Luhman à superação do cenário pré-moderno como pressuposto para a autorreprodução do Direito importa na necessidade de se determinar o que seria “modernidade”, ao menos em termos sociológico-jurídicos, de modo a que se possa determinar se a sociedade brasileira teria ou não ultrapassado tal paradigma.

O fato de as sociedades demonstrarem, de forma idêntica, apenas o mesmo comprometimento com o industrialismo, põe em questão a substância do modernismo, sugerindo que, nesse aspecto, nunca existiu conexão entre os elementos da civilização europeia pós-renascentista (SANTOS, 1997, p. 148).

Ora, se o industrialismo é a única característica em comum do pós-renascentismo, o próprio conceito de modernidade “histórica” é colocado em voga, devendo ser, ao menos no contexto jurídico, ser observado por outro prisma. Ocorre que, também sob o prisma da democracia, o conceito sofre com a falta de relação entre os sistemas.

Nesse contexto, a inexistência de relação entre elementos sociais faz com que o compromisso com a generalidade e autonomia da lei e com a distinção entre legislação, administração e jurisdição não tenha qualquer significado democrático natural, podendo ajudar na promoção de oligarquias ou mesmo de ditaduras (SANTOS, 1997, p. 201).

Esse distanciamento entre o social e o jurídico faz com que o Direito se recrudesça a ponto de exigir “[...] certos parâmetros normativos dotados de relativa estabilidade, e entre si logicamente unidos em sentido de complementariedade”, inclusive em detrimento do pluralismo (REALE, 2001, p. 137).

Dessa forma, exclusivamente sob o prisma normativo, é impossível formular um conceito de modernidade “jurídica” que se relacione com a superação do “pré-modernismo”, que é um dos requisitos para a “autopoiese” do direito, de acordo com a teoria de Niklas Luhman.

A modernidade é um projeto implementado progressivamente, voltado a responder a três violências (“triângulo dialético”): a falta de segurança e de liberdade; a desigualdade política; e a pobreza (CANOTILHO, 2002, p. 27), elementos claramente relacionados aos “dogmas” da Revolução Francesa.

É claríssimo, no entanto que, em países como o Brasil, cujas relações sociais ainda são regidas pela estratificação, tais respostas ainda não foram dadas, de modo que o projeto nacional de modernidade não encontrou “progresso” suficiente, inclusive em termos estritamente normativo-constitucionais.

As sociedades “proletárias” dependem de uma burocracia centralizada contraposta às oligarquias locais e grupos nacionais de interesse, bem como de um sistema legal universalista que restrinja o arbítrio dos superiores sociais. Aqui, o tratamento igual de situações desiguais pelo judiciário confirma a desigualdade (SANTOS, 1997, p. 202).

No Brasil, as desigualdades latentes, ignoradas pela Administração e pela Legislação e confirmadas pelo Judiciário, demonstram o completo fracasso do projeto nacional de modernidade. É possível, nesse sentido, afirmar que a modernidade, ao menos no sentido jurídico, não chegou ao país.

3. ALOPOIESE DO DIREITO E MODERNIDADE PERIFÉRICA

Como se verificou, a “modernidade”, ao menos em termos sistêmicos, necessita da separação de paradigmas “pré-modernos”, especialmente no que

concerne às desigualdades existentes em um determinado contexto social. Ocorre que a observação do contexto global determina que o fenômeno não ocorreu de maneira idêntica no mundo todo.

Aliás, o advento da sociedade moderna está vinculado a uma profunda desigualdade econômica no desenvolvimento inter-regional, que traz consequências significativas no que tange à reprodução de todos os sistemas sociais, especialmente o político e o jurídico, estatalmente organizados (NEVES, 2007, p. 171).

Essa diferenciação produz certo “escalonamento” acerca do grau de “centralidade” de determinada sociedade. Mas isso não invalida, ao menos conceitualmente, a diferença entre “modernidade central” e “modernidade periférica” (Id. Ibid, p. 172), especialmente no que respeita à questão sistêmica.

Nesses termos, a modernidade periférica é caracterizada por um problema estrutural: “[...] desde o seu surgimento vincula-se à falta de suficiente autonomia operacional dos sistemas jurídico e político, bloqueados *externamente* por injunções diretas de critérios dos demais sistemas sociais, principalmente do econômico” (Id. Ibid, p. 173).

A modernidade periférica é uma “modernidade negativa”, tanto sob o ponto de vista sistêmico quanto de acordo com uma pretensão ético-procedimental (Id. Ibid. p. 98). Dessa forma, o fracasso do projeto atinge tanto o sistema jurídico quanto o sistema político.

Segundo o modelo de Luhman, na modernidade periférica, a hipercomplexificação social e a superação do “moralismo” fundamentador da diferenciação hierárquica não cederam lugar à construção de sistemas sociais que se constroam autonomamente no seu *topos* específico (Id. Ibid).

Nesse quadro, há uma “[...] complexidade desestruturada e desestruturante”, que resulta em problemas sociais mais complicados do que aqueles que existem os países da “modernidade central” (Id. Ibid). Ora, a semelhança com o quadro fenomênico nacional é mais do que evidente.

Em termos sistêmicos, a modernidade acaba por não se construir positivamente (como superação da tradição através do surgimento de sistemas autônomos e ação), mas apenas negativamente (como hipercomplexificação desagregadora do moralismo hierárquico tradicional) (Id. Ibid).

É evidente que a teoria luhmaniana desenvolveu-se em um país de “modernidade central”, e descreve, de maneira reconhecidamente eficaz, diversas situações presentes naquela sociedade, de modo que se faz necessário questionar a possibilidade de transposição da referida teoria para o cenário nacional.

O modelo luhmaniano da alopoiese é intransponível à realidade jurídica da modernidade periférica, especialmente no caso do Brasil, tendo em vista que a sobreposição do código econômico e do código político às questões

jurídicas (NEVES, 1996, p. 99).

Nesse contexto, o ambiente influencia diretamente a normatividade, tornando o sistema dependente do meio no que concerne à sua “produção”. Nesse cenário, no qual o direito não se (re)produz por sim mesmo, é cabível falar em “alopoiese”, não em “autopoiese” (Id. Ibid).

Não se trata de bloqueios eventuais da reprodução autopoietica do direito positivo, superáveis por mecanismos imunizatórios complementares do sistema jurídico. A autonomia operacional do direito resta toda comprometida: “[...] diluem-se mesmo as próprias fronteiras entre sistema jurídico e ambiente, inclusive no que se refere a um pretensão direito extra-estatal socialmente difuso” (Id. Ibid, p. 147).

Na alopoiese, o direito é incapaz de produzir generalização congruente de expectativas normativas a partir de diplomas legais, obscurecendo a própria distinção entre lícito e ilícito, tanto por falta de institucionalização quanto de identificação do sentido das normas, o que causa “[...] insegurança destrutiva nas relações de conflitos de interesses” (Id. Ibid).

Nesse contexto, há falta de autonomia operacional do direito positivo estatal, de modo que códigos de comunicação, especialmente o econômico (ter/não ter) e o político (poder/não poder), sobrepujam o código “lícito/ilícito”, “[...] em detrimento da eficiência e mesmo racionalidade do direito” (Id. Ibid, p. 146).

Na modernidade periférica, a falta de autonomia do direito e a sobreposição de *poder* e *dinheiro* ao direito é evidente, o que nos coloca diante do problema da relação entre instrumentalidade sistêmica e indisponibilidade do direito (Id. Ibid, p. 100). Trata-se de falta de acesso ao direito e, portanto, de “subintegração” ao sistema jurídico (Id. Ibid, p. 103).

Os fundamentos da diferença entre países centrais e países periféricos são econômicos. A modernização progride no sentido de diversificar as necessidades. As regiões se tornam dependentes do sistema econômico mundial (GOMES, 2008, p. 98).

Postos em contato com as estruturas locais, os sistemas afetam os modos de seleção racional, reforçando as discrepâncias já presentes: “[...] o bias econômico, então, gera um modelo centro/periferia, não necessariamente estável, mas cujos centros de gravidade podem ser rastreados” (Id. Ibid, p. 98).

É evidente que um direito “desigual” torna-se indisponível e, portanto, não “generalizável”. Se não é possível “generalizar” o direito, é impossível que se “auto (re)produza”. E se a igualdade é pressuposto de superação do “pré-modernismo”, em termos luhmanianos, é impossível que o direito da modernidade periférica seja autopoietico.

Para Habermas, nesse quadro, a tendência é a instrumentalidade política do direito, por meio da mutação casuística das estruturas normativas, ou

por meio do jogo de interesses particularistas que bloqueiam o processo de concretização normativa (NEVES, 1996, p. 101). Assim, o direito existe, mas sem normatividade.

Ora, se do nada, nada surge, da “não-normatividade” não pode surgir “normatividade”, de modo que falta ao sistema jurídico na modernidade periférica o elemento inicial para a autopoiese. Dessa forma, a “alopoiese” é um fenômeno amplamente perceptível no quadro jurídico nacional.

Se o sistema econômico é desigual e produz (“alopoieticamente”) o direito, este somente pode ser desigual e, portanto, alheio às reais necessidades sociais, em uma espécie de “autismo jurídico”, sem autonomia e sem responsabilidade.

A relação entre o sistema jurídico e o contexto social brasileiro tem sido marcada pelo “fetichismo legal socialmente irresponsável”, que não significa a autonomia operacional do direito como condição de abertura à diversidade de expectativas e interesses, mas, sim um “autismo jurídico”, insensível aos problemas sociais (Id. Ibid, p. 102).

Assim, não se constrói uma interpretação-aplicação que, sem negar a autonomia funcional do sistema, seja orientada pelas consequências sociais das decisões jurídicas, impedindo o desenvolvimento de um “*responsive law*” ().

Aliás, mais do que distante das demandas sociais, o direito corrobora (ativamente) as desigualdades latentes no sistema. Pode-se afirmar, nesse diapasão que o “autismo” jurídico é apenas aparente, na medida em que a práxis nele envolvida é ressonante às discriminações sociais, fortificando-as (Id. Ibid).

Como se observa a autopoiese do direito é característica de países de modernidade central, tendo em vista que a influência do ambiente, nesses países, obedece ao sistema de expectativas observado por Luhman. Resta, porém, questionar se haveria possibilidade de se ter, por exemplo, no Brasil, um direito autopoietico.

Seria necessário, como visto, que o direito fosse um sistema “normativamente fechado, mas cognitivamente aberto”. Mas o que se observa é um fechamento cognitivo e uma abertura às normas impostas, em especial, pelo sistema econômico. No quadro de nulificação da normatividade, a própria Constituição sofre abalos em sua normatividade.

Nesse contexto de “periferia jurídico-estatal” que, como visto, torna propício o surgimento do autoritarismo e fortifica a desigualdade, é cabível buscar uma solução para o “fechamento” do sistema, vedando-o de influências externas que o impeçam de se “auto (re)produzir”. Uma alternativa pode ser o chamado “dirigismo constitucional”.

4. A ALOPOIESE COMO “CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA” E A TESE DA CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE APLICADA A PAÍSES DE MODERNIDADE TARDIA (TCDAPMT) E O DIREITO ALOPOIÉTICO

No quadro proposto, a normatividade (especialmente a constitucional) perde espaço para o sistema econômico, deixando de se “auto (re)produzir”. O fenômeno atinge a Constituição, tornando-a apenas “simulacro”. “A constitucionalização simbólica como alopoiese do sistema jurídico é um problema fundamentalmente da modernidade periférica” (NEVES, 2007, p. 147).

Ao se tomar o caminho conceitual inverso, é possível concluir, assim como Marcelo Neves, que “[...] a evolução social na direção da modernidade está estreitamente vinculada à construção do Estado de direito” (NEVES, 1996, p. 93), que tem como evidente pressuposto a normatividade da Constituição, com destaque para sua função de “limite às decisões da maioria”.

Explica-se: a Constituição, ao frear os mecanismos majoritários, abre caminho para a igualdade *por meio* do direito; não como pressuposto, mas como objetivo, o que é, como se expos anteriormente, indispensável para que a alopoiese do direito possa efetivamente ocorrer.

A diferenciação exigida para a legitimação pelo procedimento pode nunca chegar. A sociedade pode manter-se estabilizada em um menor grau de complexidade, no qual grandes parcelas da população são excluídas dos procedimentos (ADEODATO, 2010, p. 100).

O próprio Luhman reconhece que existem regiões em que as premissas de diferenciação de sistemas sociais existem apenas em medida muito limitada, citando como exemplo o caso do Brasil, demonstrando que, no país, a evolução liberal do Estado Constitucional se realizou em termos largamente simbólicos (CANOTILHO, 2002, p. 33).

Isso porque não há funcionamento satisfatório da Constituição como “acomplamento estrutural” entre direito e política, como mecanismo de interpenetração e interferência entre dois sistemas autopoieticos. Ao contrário, há um bloqueio recíproco, “[...] principalmente no sentido da politização desdiferenciante do sistema jurídico” (Id. Ibid, p. 174-175).

Esse “nominalismo constitucional” presente nos Estados periféricos resulta na falta de concretização normativo-jurídica do texto constitucional, mas faz com que se torne “simbolicamente relevante” no discurso constitucionalista do poder, de modo que a Constituição não se desenvolve como “horizonte normativo-jurídico do sistema político” (Id. Ibid, p. 175).

Mais do que referencial político ou jurídico, a constitucionalização atua como álbi: “[...] o ‘Estado’ apresenta-se como identificado com os valores constitucionais, que não se realizam no presente por ‘culpa’ do subdesenvolvimento

da ‘sociedade’” (CANOTILHO, 2002, p. 176). Ora, é justamente o *oposto* do que se observa do direito como sistema autopoietico.

O fenômeno encontra guarida até mesmo no sistema legislativo e em sua interpretação, que acaba por ocorrer de forma inversa no caminho da hierarquia das fontes do direito, de modo que a Constituição passa a ser interpretada de acordo com a Lei, sendo que deveria se perfazer justamente o caminho inverso.

A deidade legalista substitui-se ao povo soberano como Criador e criatura, o que faz convergir, no ato constituinte, “[...] a invenção da comunidade política pela lei e a invenção da lei pela comunidade política”. A constitucionalização do Estado de Direito reintroduziu a unidade do evento fundador *no lado da lei*, criando um legocentrismo a partir do Texto Constitucional (GOMES, 2008, p. 93).

Envolto em uma “aura mítica”, “[...] o evento fundador, cujo signo-mor é a Constituição, aciona a mecânica que permite a forma do Direito tomar de empréstimo a convicção não confirmada de que um consenso político autêntico subsidia seu sentido” (GOMES, 2008, p. 93).

Na constitucionalização simbólica, o direito é produzido pelo ambiente e, ao invés de normatizar, acaba por ser normatizado. É evidente, porém, que não se trata de um fenômeno novo, de modo que mecanismos teóricos de “constitucionalização efetiva” já foram elaborados, com destaque para um deles.

Uma teorização que influenciou de forma incisiva a doutrina nacional foi a elaborada por J.J. Gomes Canotilho acerca da Constituição Dirigente e a vinculação do legislador às suas disposições. Referida teoria foi largamente utilizada para combater a falta de normatividade das chamadas normas constitucionais “programáticas”.

Esse “dirigismo constitucional” refletiu na interpretação da Constituição Federal de 1988, levando à conclusão de que é dotada, sim, de inegável vinculatividade. Mas, apesar de ser uma Carta repleta de disposições sobre direitos fundamentais, além de contemplar diversos outros instrumentos civilizatórios, sua normatividade é duvidosa.

A falta de “coercitividade” se reflete, não por coincidência, em questões econômicas. “A ordem econômica intervencionista e dirigente da Constituição de 1988 é isolada de seus instrumentos financeiros, cuja efetividade é medida em si mesma, sem qualquer relação com os objetivos da política econômica estatal ou da ordem econômica constitucional” (BERCOVICI; MASSONETO, 2007, p. 10).

No Brasil, o sistema econômico influencia o sistema jurídico até mesmo no que concerne à sua normatividade em abstrato, de modo que a crítica feita à constituição dirigente pelos autores conservadores diz respeito ao fato de a constituição dirigente “amarrar” a política, substituindo o processo de decisão políti-

ca pelas imposições constitucionais (BERCOVICI; MASSONETO, 2007, p. 10).

Assim, a própria normatividade da Constituição dirigente, no que se refere às políticas públicas e aos direitos sociais é entendida como prejudicial aos interesses do país, causando crises econômicas, déficit público e “ingovernabilidade”. Ou seja, a Constituição resta “forçada” a ser simbólica, sob pena de causar um colapso econômico.

Ao ser limitada pelo sistema econômico, a Constituição deixa de ser “dirigente”, passando a ser dirigida pelo ambiente no qual o sistema jurídico se encontra inserido. É a própria substância da alopoiese.

Nesse quadro, não parece equivocado fazer referência a uma “Constituição dirigente invertida”, dirigente das políticas neoliberais de ajuste fiscal. É vista como algo positivo para a credibilidade e a confiança do país junto ao sistema financeiro internacional. Esta “[...] é a verdadeira constituição dirigente, que vincula toda a política do Estado brasileiro à tutela estatal da renda financeira do capital, à garantia da acumulação de riqueza privada” (BERCOVICI; MASSONETO, 2007, p. 11).

O “dirigismo constitucional”, em perspectiva sistêmica, demanda que o direito comprove sua adequação como programa decisório, de modo que a positividade do direito possa ser concebida como “seletividade intensificada” (TRINDADE, 2008, p. 61), voltado à redução da complexidade, não à sua confirmação.

Nesse quadro, a positivação do direito na sociedade moderna implica o controle do código-diferença “lícito/ilícito” pelo próprio sistema jurídico, que adquire seu fechamento operativo (NEVES, 2007, p. 127). Se assim não o for, opera-se, como visto, a alopoiese do direito, que passa a normatizar *de acordo* com outros sistemas.

É necessário questionar, portanto, acerca das possibilidades do dirigismo constitucional como mecanismo de “fechamento” do sistema jurídico. É necessário partir do pressuposto de que, no Brasil, a dimensão política da “constituição dirigente” tem uma força sugestiva relevante, quando associada à ideia de estabilidade, que lhe deveria ser imanente (CANOTILHO, 2002, p. 27).

Além disso, a Constituição dirigente desempenhará função de compreensão incontornável relativamente às tarefas do Estado (Id. Ibid., p. 27). Nesse aspecto, se aplicado como mecanismo de frenagem dos ideais da “maioria” em detrimento da “minoridade”, o dirigismo constitucional poderia atuar como redutor de desigualdades no plano jurídico.

Apesar disso, Canotilho (2002, p. 34 afirma que a relação entre a constituição dirigente e a teoria dos sistemas auto referenciais é conflituosa (Idi Ibid), pois, se a Constituição dirigente se apoia no Estado e se a direção política estatal constitucionalmente conformada pretende irradiar para o demais sistemas, não teria aceitação ou cabimento na teoria sistêmica (CANOTILHO, 2002, p. 34).

Nesse diapasão, cumpre destacar que o próprio Canotilho declarou que a Constituição Dirigente estaria “morta” ao menos no que tange ao “engessamento” das possibilidades interpretativas constitucionais, especialmente no contexto de um “transconstitucionalismo” cuja formação era iminente para a Europa.

Canotilho, porém, não admite que tenha se baseado na perspectiva luhmaniana para declarar a “morte” da Constituição dirigente. O constitucionalista se distancia da teoria dos sistemas autopoieticos, declarando ainda prosseguir com um ideário “humanista”.

Afirma, porém que continua a defender as teorias acionalistas da política e da possibilidade de direção do Estado. Ocorre que o “pessimismo dirigente” perdeu seu lugar para as “instâncias atuantes”, porém, não desapareceu. Assim, a perspectiva autorreferencial deixa por resolver dois problemas: a tomada de decisões coletivamente vinculantes; e a legitimação para a tomada de decisões coletivas. Assim, inicia uma autoevolução “sem sujeito”, que demanda a transformação do Estado (CANOTILHO, 2002, p. 34).

Talvez a relativização da constituição dirigente, nos termos propostos por Canotilho, não represente, por si, a alopoiese do direito em termos luhmanianos. Mas, nos termos acima propostos, tratando-se do direito de um país de modernidade periférica, somente confirma a alopoiese, por permitir a intromissão de outros sistemas no sistema jurídico.

Observe-se que a declaração de que a constituição dirigente estaria “morta” não foi bem recebida pela doutrina nacional, razão pela qual Canotilho se justificou, afirmando que a “morte” da Constituição não teria feito desaparecer toda a influência da teoria; apenas teria de se adaptar ao novo quadro jurídico e social do Século XXI.

De acordo com Lenio Streck, contudo, tal relativização não poderia se dar no contexto nacional, pois a Constituição brasileira não contém uma função normativo-revolucionária, ao contrário do que ocorreu em Portugal, de forma que os novos contornos da Constituição dirigente propostos por Canotilho deveriam ser contextualizados (STRECK, 2003, p. 275).

Para adaptar os pressupostos da Constituição dirigente ao Brasil, Streck propõe uma adaptação, aliás, uma “adequação” da tese ao quadro de descumprimento das “promessas da modernidade” (“triângulo dialético”), que nomeia Teoria da Constituição Dirigente Adequada aos Países de Modernidade Tardia.

O preenchimento do déficit resultante do descumprimento das promessas da modernidade pode ser considerado um “conteúdo compromissário mínimo”, que deve constar do texto constitucional, assim como os mecanismos de acesso à jurisdição constitucional e participação democrática (STRECK, 2003, p. 276).

Trata-se, também, de uma teoria da Constituinte dirigente adequada a

países periféricos, que deve tratar “[...] da construção das condições de possibilidade para o resgate das promessas da modernidade incumpridas, as quais, como se sabe, colocam em xeque os dois pilares que sustentam o próprio Estado Democrático de Direito” (STRECK, 2003, p. 276).

Referida teorização tem impactado a doutrina de forma notável, propondo que, em países a exemplo do Brasil (de modernidade periférica), não só é possível como é necessário extrair da própria Constituição a obrigatoriedade de cumprimento das promessas da modernidade.

Para o autor, enquanto o neoliberalismo aponta para a desregulamentação (estatal), a Constituição brasileira (ainda) aponta para a construção de um Estado Social de índole intervencionista, pautado em políticas públicas distributivistas, o que se extrairia claramente do art. 3º da Carta (Id. Ibid., p. 278).

A tese está em sentido oposto à relativização da Constituição dirigente proposta por Canotilho, que propõe, ao invés da normatização (termo sistêmico) uma regulação estatal, que permitiria uma evolução em termos jurídico-constitucionais, bem como a “transnacionalidade” da Constituição.

No Brasil, tal quadro se demonstraria impossível, tendo em vista que aqui ainda não foram cumpridas as promessas da modernidade, de forma que o país não se encontra em um estágio evolucionar seguro o suficiente para admitir a desregulamentação, tendo em vista que nem mesmo foi, em sua história, um autêntico *Welfare State*.

Assim, a tese da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia seria, ao menos em termos sistêmicos, capaz de promover o “fechamento normativo” do sistema jurídico a partir da Constituição, prevenindo e combatendo o fenômeno da alopoiese do Direito.

Nesse contexto, a Constituição deixaria de ser “simbólica”, tornando-se, efetivamente, “normativa”, pois vincularia o Estado ao cumprimento das promessas da modernidade, permitindo o fechamento normativo do sistema jurídico, mantendo, contudo, sua abertura cognitiva no que tange às demandas sociais.

5. A LIBERTAÇÃO DA ALOPOIESE A PARTIR DA PARTICIPAÇÃO POPULAR NA CONCRETIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE

O liberação começa quando as vítimas se tornaram “novos sujeitos sócio-históricos” (movimentos sociais), a partir da tomada de consciência, organização, formulação de diagnósticos de sua negatividade e elaboração de programas de transformação do sistema vigente (DUSSEL, 2002, p. 546).

O reconhecimento da vítima nasce a partir do próprio reconhecimento de sua condição: “[...] a consensualidade crítica das vítimas promove o desenvol-

vimento da vida humana” (Id. Ibid., 2002, p. 415).

Para que seja possível respeitar a dignidade do “outro”, reconhecendo-o, é necessário, inicialmente, “dar lugar ao outro” para que possa “[...] intervir na argumentação não só como igual, com direitos vigentes, mas como livre, como outro, como sujeito de novos direitos” (Id. Ibid., p. 415).

Essa “cultura do reconhecimento” deve surgir da dialética “opressor-oprimido”. Sem essa relação negativa corre-se o risco de se retornar a uma “eticidade concreta”, sem critérios de libertação (Id. Ibid., p. 421).

A Ética da Libertação ressalta que a consciência (ou o “saber-se afetado”) resulta de um processo de conscientização por si só libertador: “[...] o ‘encontro’ com a vítima como o outro, como sujeito ético no ‘re-conhecimento’ originário, é o *a priori* de toda ética, ‘face-a-face’” (Id. Ibid., p. 422).

Nesse processo de “libertação”, a vítima se descobre excluída. A partir daí, o próprio sistema que a excluiu deve passar a reconhecê-la como sujeito ético digno. Não só como igual, mas como passível de chegar a ser um “[...] pleno participante da nova comunidade real, possível, futura” (Id. Ibid., p. 422).

Ao se descobrir “negada”, a vítima começa a tomar consciência da existência de um “si mesmo positivo”. Dessa primeira “consciência ingênua” começa a surgir uma “consciência crítica” que “desmistifica a realidade” e introduz o oprimido ao “imenso mundo da crítica” (Id. Ibid., p. 426-438).

A análise teórica das causas da opressão é o meio pelo qual a vítima toma consciência da realidade que produz a sua opressão. Isso permite uma “[...] apreensão explicativa mínima do argumento de caráter reflexivo, teórico, crítico” e faz com que a subjetividade da vítima revele “[...] o sujeito que já não pode viver e grita de dor” (Id. Ibid., p. 529).

Trata-se de um modelo de reconhecimento que parte da vítima para o meio que a oprime. A “libertação” ocorre do âmbito “interno” para o “externo”. No caso em espécie, a mulher deve reconhecer que é vítima de violência e opressão. Só então poderá assumir uma postura “crítica” acerca de sua posição.

É somente a partir desse (auto)reconhecimento que o “meio” pode passar a reconhecê-la como “outro”: livre, igual e sujeito de direitos. Trata-se de uma etapa indispensável do processo de libertação. É logicamente impossível ser um sujeito de direito sem se reconhecer como um. Diante disso, a identidade se constrói a partir da percepção da opressão.

No processo de “libertação”, o uso da força contra os novos direitos (que se manifestam progressivamente aos olhos da vítima) já não será para ela fonte de “coação legítima”, mas estritamente violência ou o “uso da força contra o direito do outro, sem validade nem consistência objetiva” (DUSSEL, 2002, p. 546).

O Direito tem de supor a negação discursiva (material e formal) das

vítimas. Os problemas da legalidade, da legitimidade, da coação de direito e tantos outros temas devem ser desenvolvidos em seu novo significado: a partir das vítimas (DUSSEL, 2002, p. 554).

A história da administração pública no Brasil é marcada pelas iniciativas institucionais do Estado sobre políticas públicas e atos administrativos, pois sempre contaram “[...] com uma sociedade civil adormecida em práticas republicanas de reivindicação e participação políticas” (LEAL, 2003, p. 821).

A partir da Constituição de 1988, novos ares institucionais foram se forjando acerca das concepções de poder político-formal, não alterando a forma de exercício desse poder em suas manifestações mais cotidianas, pois, embora a democracia brasileira ainda se encontre em processo de consolidação, tem experimentado um déficit de funcionamento, pois se identifica com um conjunto de procedimentos de administração formalizados e técnico-burocráticos, fechados às expectativas e demandas sociais (Id. Ibid., p. 827).

O Estado, preso ao sistema econômico transnacional, abandona os cidadãos à “liberdade negativa” da competição mundial, “[...] e se limita a pôr à disposição do cenário político e econômico infraestruturas que tornem atraente sua própria posição sob a perspectiva da rentabilidade e fomentem atividades empresariais” (Id. Ibid. p. 828).

Os procedimentos e os ajustes democráticos, que conferem aos cidadãos unidos a possibilidade de atuação política acerca da suas condições sociais de vida têm se esvaziado “[...] à medida que o Estado Nacional perde funções e espaços de ação, sem que surjam para tanto equivalentes mecanismos de gestão do público, cada vez mais restrito aos termos de acepções corporativas de interesses privados” (LEAL, 2003, p. 830-831).

Em decorrência da apatia política da sociedade civil, que não compreende a administração de seus interesses como seu compromisso, passa a outorga-la a outro (o Estado), “[...] valendo-se de uma concepção fragmentada e exclusivista de espaço público e privado” (Id. Ibid., p. 831).

Assim, são diferentes os universos dos interessados e dos alcançados pelas políticas públicas levadas à cabo pelo Estado Administrador. Garante-se, com isso, a diversidade, “[...] buscando a unidade na gestão dos interesses e bens assegurados pelo sistema jurídico vigente, rompendo com a fatispécie autoritária de poder e de modelo de Estado burocrata e decisor, até então hegemônica na formação dos quadrantes administrativos da coisa pública no Brasil” (Id. Ibid., p. 848).

O processo de democratização do poder e da sociedade é longo, mediado por uma linguagem política includente e aberta e pela interação das instituições políticas tradicionais com os valores da esfera societária na qual se encontram essas instituições e pelos movimentos sociais (Id. Ibid., p. 855).

A Administração Pública que deve criar condições à instituição dessa comunicação, bem como uma linguagem decodificada e democrática, que permita a validação racional das questões normativas e operativas: “[...] tal validade passa a ser compreendida como dependente de um processo intersubjetivo, regulado por razões e por posições tomadas racionalmente” (LEAL, 2003, p. 857).

A democracia administrativa parte da observância do direito à participação administrativa, consagrado na Constituição 1988. A configuração do direito à participação nas decisões estatais, comprova que, da perspectiva unidimensional Estado-súdito, passou-se à perspectiva bidimensional Estado-cidadão, pois a noção de cidadania é objeto de transformações, de modo que deve ser continuamente aprofundada em seu conteúdo e extensão (OLIVEIRA, 2010, p. 159-161).

Indivíduos e organizações têm direito de pleitear a efetivação dos direitos fundamentais. As obrigações administrativas destinadas a conferir respostas a essas baseiam-se em competências e procedimentos fixados em lei, que decorrem das posturas a serem assumidas em decorrência das diretrizes e políticas públicas formuladas pelo Governo, em atendimento aos valores fundamentais previstos na Constituição de 1988 (OLIVEIRA, 2010, p. 173).

A principal tarefa da Administração mediadora é compor os conflitos sobre interesses estatais e privados, incluindo os cidadãos no processo de determinação e densificação do interesse público, que deixa de ser monopólio estatal (OLIVEIRA, 2010, p. 215).

Os meios consensuais pela Administração são instrumentos da participação dos particulares no processo de tomada das decisões administrativas, “[...] possibilitando mais aceitação do que imposição, especialmente no âmbito das relações contratuais administrativas” (Id. Ibid., p. 228).

Nesse contexto, a Constituição deixaria de ser “simbólica”, tornando-se, efetivamente, “normativa”, pois vincularia o Estado ao cumprimento das promessas da modernidade, permitindo o fechamento normativo do sistema jurídico, mantendo, contudo, sua abertura cognitiva no que tange às demandas sociais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria dos sistemas autopoieticos de Niklas Luhman observa a sociedade como um conjunto de sistemas fechados, que se influenciam mutuamente. Tem como pressuposto, no entanto, a superação de um estágio evolucionário de pré-modernidade de tais sociedades, para que os sistemas possam se “auto (re) produzir”.

O direito, em tais sociedades, também é um sistema autopoietico, pois somente sofre influência de outros sistemas. Ocorre que existem sociedades nas

quais os paradigmas pré-modernos não foram superados, sendo impossível ao direito se “auto (re)produzir” com “normatividade” própria.

Essas sociedades, nas quais as promessas da modernidade (“triângulo dialético”) não foram cumpridas, podem ser chamadas de países de “modernidade periférica”, uma modernidade “negativa”. O quadro sócio-histórico de tais sociedades, por óbvio, influencia os diversos sistemas sociais que dela fazem parte.

Nas sociedades periféricas, ao contrário dos países de modernidade central, tendo em vista as claríssimas influências da economia sobre a “positividade” do direito, não cabe falar em autopoiese do direito, mas, sim, em alopoiese do sistema jurídico, tendo em vista a ausência de generalização da normatividade do direito.

O dirigismo constitucional, da forma como trabalhado por J.J. Gomes Canotilho, poderia promover o “fechamento normativo” do direito em tais sociedades. Ocorre que o próprio autor promoveu a tese de que a Constituição dirigente deveria ser “relativizada” na atual quadra da história.

Para tanto, Canotilho afirma que tal relativização não se relaciona à autopoiese do direito, não se compatibilizando com a teoria dos sistemas autorreferenciais. Ocorre que tal relativização bem representa a “constitucionalização simbólica” que ocorre, por exemplo, no Brasil, país de evidente modernidade periférica.

Rebatendo a afirmação acerca da “morte” da Constituição dirigente, Lenio Streck afirma a necessidade de uma Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia, que poderia promover o fechamento normativo do sistema jurídico, prevenindo a alopoiese, mas mantendo a abertura cognitiva às demandas sociais da modernidade periférica.

Talvez não tenha sido o objetivo de Streck promover o fechamento normativo em termos sistêmicos, mas, sim, a vinculação dos poderes estatais diretamente à Constituição e às promessas da modernidade. Mesmo assim, não parece impossível reconhecer o paralelismo (talvez não intencional) das duas teses.

Assim, a Tese da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia, apesar de não ter em conta a teoria dos sistemas, parece ser uma forma de conter a alopoiese do direito, conferindo normatividade ao sistema jurídico, não permitindo que sucumba às influências econômicas que promovem desigualdade.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, J. M. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BERCOVICI, G.; MASSONETTO, L. F. A Constituição dirigente invertida: a blindagem da constituição financeira e a agonia da constituição econômica. **Revista Trimestral de Direito Público**. v. 45, 2007, p. 79-89.

CANOTILHO, J. J. G. O estado adjetivado e a teoria da Constituição. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**. n. 17, v. 25, p. 25-40, 2002.

DUSSEL, E. **Ética da libertação**: na idade da globalização e da exclusão. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

GOMES, F. Constitucionalização simbólica ou constitucionalidade-simulacro? Exclusão, periferização e soberania popular no direito constitucional Brasileiro. **DPU**. n.º 22. jul-ago. 2008, p. 83-103.

LEAL, R. G. Os pressupostos epistemológicos e filosóficos da gestão de políticas públicas no Estado Democrático de Direito: uma perspectiva habermasiana. In: _____. (Org.). **Direitos sociais e políticas públicas**. T. 3. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003, p. 819-866.

LUHMAN, N. **Introdução à teoria dos sistemas**. Petrópolis: Vozes, 2009.

NEVES, M. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. Luhman, Habermas e o Estado de Direito. **Lua Nova**. São Paulo, v. 37, p. 93-106, 1996.

REALE, M. **Nova fase do direito moderno**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

SANTOS, B. de S. **Pela mão de Alice**: o social e o político na transição pós-moderna. São Paulo: Cortez, 1997.

STRECK, L. L. Jurisdição Constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil. **Novos Estudos Jurídicos**. v. 8, n. 2, p. 257-301, 2003.

TRINDADE, A. **Para entender Luhman**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

LAW AUTOPOIESIS IN THE BRAZILIAN PERIPHERAL MODERNITY: RELEASE FROM CONSTITUTIONAL DIRIGISM

ABSTRACT: Niklas Luhman's systems theory, which views society as a set of self-producing and mutually influencing systems, has several followers in Brazil. However, this theory does not adapt easily to countries of "late modernity", so that, within that context, the so-called "autopoiese" takes place, which is understood as the lack of normativity of the law, by direct influence of the environment where a given legal system is inserted into. Nevertheless, it is possible that the ethics of liberation, starting from Enrique Dussel, are a probability of diminishing the complexities introduced by peripheral modernity. The aim of this work is to study the so-called "constitutional dirigisme" as a mechanism for the prevention of autopoiesis, especially from the Thesis of the Appropriate Directing Constitution for Late Modernity Countries, which is accomplished by means of literature research. It can be concluded, through this research, that "constitutional dirigisme" in the context of peripheral modernity, although not referring directly to the systemic paradigm, can promote the real normativity of the legal system, especially of the Constitution.

KEYWORDS: Systems Theory; Autopoiesis; Peripheral Modernity; Constitution Directing; Ethics of Liberation.

ALOPOIESIS DEL DERECHO EN LA MODERNIDAD PERIFÉRICA BRASILEÑA: LA LIBERACIÓN A PARTIR DEL DIRIGISMO CONSTITUCIONAL

RESUMEN: En la teoría de los sistemas de Niklas Luhman, se observa la sociedad como un conjunto de sistemas que se auto producen y se influncian mutuamente, tiene diversos adeptos en Brasil. Ocurre que la referida teoría no se adapta con facilidad a países de "modernidad tardía", de manera que, en ese contexto, ocurre la llamada "alopoiesis", o sea, la falta de normatividad del derecho, por influencia directa del ambiente en el cual determinado sistema jurídico se encuentra inserido. Todavía, es posible que la ética de la liberación, a partir de Enrique Dussel, sea una probabilidad de reducción de las complejidades traídas por la modernidad periférica. El objetivo de esa investigación ha sido estudiar el llamado "dirigismo constitucional" como mecanismo de prevención de la alopoiesis, especialmente a partir de la Tesis de Constitución Dirigente Adecuada a Países de Modernidad Tardía, lo que se hizo a través de investigación

bibliográfica. Se concluye por intermedio de la referida investigación, que el “dirigismo constitucional”, en el contexto de la modernidad periférica, a pesar de no referirse directamente al paradigma sistémico, puede promover la real normatividad del sistema jurídico, en especial, la Constitución.

PALABRAS CLAVE: Teoría de los Sistemas; Alopoiesis; Modernidad Periférica; Constitución Dirigente; Ética de la Liberación.